

# Diversidade étnico-racial, constitucionalismo transformador e impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos\*

Flávia Piovesan\*\*

## 1 Introdução

Considerando o processo de afirmação dos direitos humanos sob a perspectiva da diversidade étnico-racial, como compreender a emergência de um constitucionalismo transformador latino-americano? Qual tem sido o alcance do diálogo deste constitucionalismo transformador com o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos? Em que medida o sistema interamericano tem tido a força catalisadora de impactar e fortalecer a proteção de direitos humanos sob a perspectiva da diversidade étnico-racial? Quais são os principais desafios e potencialidades para avançar na implementação dos direitos humanos sob a perspectiva da diversidade étnico-racial na região?

São estas as questões centrais a inspirar o presente estudo, que tem por objetivo maior enfocar os direitos humanos sob a perspectiva da diversidade étnico-racial no constitucionalismo transformador

latino-americano, sob o impacto de um diálogo emancipatório com o sistema interamericano, no marco do multiculturalismo contemporâneo.

## 2 Direitos humanos, diversidade étnico-racial e constitucionalismo transformador latino-americano

A ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. É a ética orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano.

Os direitos humanos refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. No dizer de Joaquín Herrera Flores<sup>1</sup>, compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana. Para parafrasear Luigi Ferrajoli<sup>2</sup>, os direitos humanos simbolizam a lei do mais fraco contra a lei do mais forte, na expressão de um contrapoder em face dos absolutismos, advenham do Estado, do setor privado ou mesmo da esfera doméstica. O “*victim centric approach*” é a fonte de inspiração que move a arquitetura protetiva internacional dos direitos humanos — toda ela destinada a conferir a melhor e mais eficaz proteção às vítimas reais e potenciais de violação de direitos.

Ao longo da história as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do “eu versus o outro”, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. A diferença era visibilizada para conceber o “outro” como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer

\* Um especial agradecimento é feito à Alexander von Humboldt Foundation pela fellowship que tornou possível este estudo e ao Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law por prover um ambiente acadêmico de extraordinário vigor intelectual. Este artigo tem como base a conferência “Diversidade Étnico-Racial, Constitucionalismo Transformador e o Impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos”, proferida no colóquio internacional “Epistemologias do Sul”, em Coimbra, de 10 a 12 de julho de 2014. Este artigo foi desenvolvido no âmbito do projeto de investigação ALICE, espelhos estranhos, lições imprevistas, coordenado por Boaventura de Sousa Santos (alice.ces.uc.pt) no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra – Portugal. O projeto recebe fundos do Conselho Europeu de Investigação, 7º Programa Quadro da União Europeia (FP/2007-2013) / ERC Grant Agreement n. [269807].

\*\* Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha). *Visiting fellow* do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000). *Visiting fellow* do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), *visiting fellow* do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg – 2007; 2008; e 2015). De 2009 a 2014 foi *Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow* no Max Planck Institute (Heidelberg). Foi membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. Foi membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development e é membro do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

<sup>1</sup> Joaquín Herrera Flores, *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*, mimeo, p. 7.

<sup>2</sup> Luigi Ferrajoli, *Diritti fondamentali – Um dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale, Roma, Bari, Laterza, 2002, p. 338.

dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo). Nesta direção, merecem destaque as violações da escravidão, do nazismo, do sexismo, do racismo, da homofobia, da xenofobia e de outras práticas de intolerância. Como leciona Amartya Sen, “*identity can be a source of richness and warmth as well as of violence and terror*”<sup>3</sup>.

O temor à diferença é fator que permite compreender a primeira fase de proteção dos direitos humanos, marcada pela tônica da proteção geral e abstrata, com base na igualdade formal.

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário as mulheres, as crianças, as populações afrodescendentes, os povos indígenas, os migrantes, as pessoas com deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial. Neste sentido, o Direito rompe com a indiferença às diferenças.

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).

Para Nancy Fraser, a justiça exige, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento de identidades. Como atenta a autora:

O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o status na sociedade não decorre simplesmente em função da classe. [...]

Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente em função de status. [...]<sup>4</sup>

Há, assim, o caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento. No mesmo sentido, Boaventura de Souza Santos afirma que apenas a exigência do reconhecimento e da redistribuição permite a realização da igualdade<sup>5</sup>. Atente-se que esta feição bidimensional da justiça mantém uma relação dinâmica e dialética, ou seja, os dois termos relacionam-se e interagem mutuamente, na medida em que a discriminação implica pobreza e a pobreza implica discriminação.

Ainda Boaventura acrescenta:

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade

<sup>4</sup> Afirma Nancy Fraser: “O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o status na sociedade não decorre simplesmente em função da classe. Tomemos o exemplo de um banqueiro afro-americano de Wall Street, que não consegue tomar um taxi. Neste caso, a injustiça da falta de reconhecimento tem pouco a ver com a má distribuição. [...] Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente da função de status. Tomemos, como exemplo, um trabalhador industrial especializado, que fica desempregado em virtude do fechamento da fábrica em que trabalha, em vista de uma fusão corporativa especulativa. Neste caso, a injustiça da má distribuição tem pouco a ver com a falta de reconhecimento. [...] Proponho desenvolver o que chamo concepção bidimensional da justiça. Esta concepção trata da redistribuição e do reconhecimento como perspectivas e dimensões distintas da justiça. Sem reduzir uma à outra, abarca ambas em um marco mais amplo”. (Nancy Fraser, *Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia*, In: Unesco, *Informe Mundial sobre la Cultura*, 2000-2001, pp. 55-56). Ver ainda da mesma autora o artigo *From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Postsocialist age* em seu livro *Justice Interruptus. Critical reflections on the “Postsocialist” condition*, NY/London, Routledge, 1997. Sobre a matéria, consultar Axel Honneth, *The Struggle for Recognition: The moral grammar of social conflicts*, Cambridge/Massachusetts, MIT Press, 1996; Nancy Fraser e Axel Honneth, *Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*, London/NY, verso, 2003; Charles Taylor, *The politics of recognition*, in: Charles Taylor et. al., *Multiculturalism – Examining the politics of recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994; Iris Young, *Justice and the politics of difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990; Amy Gutmann, *Multiculturalism: examining the politics of recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994.

<sup>5</sup> A respeito, ver Boaventura de Souza Santos, Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: *Reconhecer para Libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56. Ver ainda do mesmo autor *Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos*, op. cit., pp. 429-461.

<sup>3</sup> Amartya Sen, *Identity and Violence: The illusion of destiny*, New York/London, W.W.Norton & Company, 2006, p. 4.

que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades [...]»<sup>6</sup>.

Se, para a concepção formal de igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças. Isto é, essencial mostra-se distinguir a diferença e a desigualdade. A ótica material objetiva construir e afirmar a igualdade com respeito à diversidade.

No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a adoção de novos marcos jurídicos constitucionais, com forte carga simbólica e ideológica, demarcando, de um lado, a transição democrática e, por outro, a institucionalização e a expansão de direitos humanos. Também com a democratização é fomentada a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. Hoje constata-se que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA.

As constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjugase o processo de internacionalização do Direito Constitucional.

Quanto à incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, observa-se que, em geral, as constituições latino-americanas conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distinguindo-os dos tratados tradicionais.

A título exemplificativo, a Constituição da Argentina, após a reforma constitucional de 1994, dispõe, no art. 75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infraconstitucional, mas supra-legal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os

direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos. A Constituição Brasileira de 1988, no art. 5º, § 2º, consagra que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os direitos decorrentes dos princípios e do regime a ela aplicável e os direitos enunciados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, permitindo, assim, a expansão do bloco de constitucionalidade. A então Constituição do Peru de 1979, no mesmo sentido, determinava, no art. 105, que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional e não podem ser modificados senão pelo procedimento que rege a reforma da própria Constituição. Já a atual Constituição do Peru de 1993 consagra que os direitos constitucionalmente reconhecidos devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru. Decisão proferida em 2005 pelo Tribunal Constitucional do Peru endossou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, adicionando que os direitos humanos enunciados nos tratados conformam a ordem jurídica e vinculam os Poderes Públicos. A Constituição da Colômbia de 1991, reformada em 1997, confere, no art. 93, hierarquia especial aos tratados de direitos humanos, determinando que estes prevalecem na ordem interna e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país. Também a Constituição do Chile de 1980, em decorrência da reforma constitucional de 1989, passou a consagrar o dever dos órgãos do Estado de respeitar e promover os direitos garantidos pelos tratados internacionais ratificados por aquele país. Acrescente-se a Constituição da Bolívia de 2009, ao estabelecer que os direitos e deveres reconhecidos constitucionalmente serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pela Bolívia, que prevalecerão em relação à própria Constituição se enunciarem direitos mais favoráveis (arts. 13, IV, e 256). Na mesma direção, destaca-se a Constituição do Equador de 2008, ao consagrar que a Constituição e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado que reconheçam direitos mais favoráveis aos previstos pela Constituição têm prevalência em relação a qualquer outra norma jurídica ou ato do Poder Público (art. 424), adicionando que serão aplicados os princípios pro ser humano, de

<sup>6</sup> Ver Boaventura de Souza Santos, op. cit.

não restrição de direitos, de aplicabilidade direta e de cláusula constitucional aberta (art. 416).

A tendência do constitucionalismo latino-americano de contemplar cláusulas constitucionais abertas a permitir a interação entre das ordens local, regional e global em matéria de direitos humanos — emprestando aos tratados de direitos humanos uma hierarquia especial e privilegiada — reflete, sobretudo, uma mudança paradigmática a impactar a cultura jurídica latino-americana.

Três eram as principais características a demarcar o paradigma tradicional no qual se fundava a cultura jurídica latino-americana: 1) a pirâmide jurídica com a Constituição em seu ápice, tendo como maior referencial teórico Hans Kelsen (a basear um sistema jurídico endógeno e autorreferencial — não obstante Kelsen fosse na realidade defensor do monismo com primazia do Direito Internacional); 2) o hermetismo de um direito “purificado”, com ênfase no ângulo interno da ordem jurídica e na dimensão estritamente normativa (mediante um dogmatismo jurídico a afastar elementos “impuros” do direito); e 3) o chamado “*State approach*” ou “*State centered perspective*” — prisma que abarcava como conceitos estruturais e fundantes a soberania do Estado no âmbito externo e a segurança nacional no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a “*lente ex parte princeps*”, radicada no Estado e nos deveres dos súditos, para parafrasear Norberto Bobbio<sup>7</sup>.

Emerge, todavia, um novo paradigma a orientar a cultura jurídica latino-americana, em plena consonância com a ordem jurídica global e regional. Este novo paradigma adota três características essenciais: 1) o trapézio jurídico com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice (com a abertura da Constituição aos parâmetros protetivos mínimos referentes à proteção da dignidade humana); 2) a gradativa permeabilidade do direito — agora “impuro” —, marcado pelo diálogo do ângulo interno normativo com o ângulo externo (delineando, assim, um trapézio “com poros”, a fomentar o diálogo entre jurisdições, empréstimos constitucionais e a interdisciplinaridade mediante pontes de comunicação com outros saberes e diversos atores sociais); 3) o chamado “*human rights approach*” ou “*human centered*

*perspective*” — que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a “*lente ex parte populi*”, radicada na cidadania e nos direitos dos cidadãos, como leciona Norberto Bobbio<sup>8</sup>.

Logo, é neste contexto — marcado pela emergência deste novo paradigma jurídico a impactar as Constituições latino-americanas contemporâneas — que se insere o desafio do constitucionalismo latino-americano de avançar na proteção dos direitos humanos sob a perspectiva da diversidade étnico-racial.

No que se refere à proteção dos direitos à igualdade e à diferença, os Estados latino-americanos ratificaram os principais tratados de direitos humanos da ONU e da OEA voltados ao combate à discriminação, assumindo a obrigação jurídica de promover a igualdade e eliminar a discriminação.

As constituições latino-americanas consagram a cláusula geral da igualdade e da proibição da discriminação. De forma explícita, constituições latino-americanas reconhecem e protegem a diversidade étnico-racial como um valor fundamental de uma nação caracterizada como “multiétnica e pluricultural”. Neste sentido, cabe destaque, dentre outras, à Constituição da Bolívia de 2009, que no art. 14, ao assegurar o direito à igualdade e à proibição da discriminação, prescreve o dever do Estado de respeitar e proteger tais direitos, reconhecendo explicitamente a Bolívia como um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, fundado na pluralidade e no pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico. Na mesma direção, a Constituição do Equador de 2008 consagra a cláusula da igualdade e da proibição da discriminação, no marco de um Estado constitucional de direitos e justiça, unitário,

<sup>7</sup> Norberto Bobbio, *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1988.

<sup>8</sup> Sobre o tema, ao realçar o processo de internacionalização dos direitos humanos, observa Celso Lafer: “Configurou-se como a primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito *ex parte populi* de todo ser humano à hospitalidade universal só começaria a viabilizar-se se o ‘direito a ter direitos’, para falar com Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a ‘razão de estado’ e corroída a competência reservada da soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos, encetando-se a sua vinculação aos temas da democracia e da paz”. (Prefácio ao livro de José Augusto Lindgren Alves, *Os direitos humanos como tema global*, São Paulo: ed. Perspectiva/Fundação Alexandre de Gusmão, 1994, p. XXVI).

intercultural e plurinacional (arts. 1 e 3). A Constituição da Colômbia de 1991, reconhece e protege, no art. 7º, a diversidade étnica e cultural da nação colombiana. Adiciona o dever do Estado de promover condições para a igualdade real e efetiva, adotando medidas favoráveis aos grupos historicamente discriminados. Por sua vez, a Constituição do Peru endossa o princípio da igualdade e da não discriminação (art. 2º), realçando o direito à identidade étnica e cultural, cabendo ao Estado reconhecer e salvaguardar a pluralidade étnica e cultural da nação.

Sob o prisma étnico-racial, importa realçar que, de acordo com o International Development Bank<sup>9</sup>, a população afrodescendente corresponde a aproximadamente 25% da população latino-americana. No que se refere à população indígena, estima-se corresponder a 8% da população latino-americana. Indicadores sociais demonstram o sistemático padrão de discriminação, exclusão e violência a acometer as populações afrodescendentes e indígenas na região, sendo que mulheres e crianças são alvo de formas múltiplas de discriminação (*overlapping discrimination*). Conclui-se, assim, que em média 33% da população latino-americana enfrenta um grave padrão de violação a direitos. Note-se, ainda, que a América Latina tem o mais alto índice de desigualdade do mundo, no campo da distribuição de renda<sup>10</sup>.

Considerando o modo pelo qual o constitucionalismo latino-americano incorpora o valor da diversidade étnico-racial, bem como adota instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, transita-se à análise do impacto do sistema interamericano na região.

### 3 Direitos humanos, diversidade étnico-racial e impacto do sistema interamericano

A América Latina ostenta o maior grau de desigualdade do mundo. A pobreza na região diminuiu do patamar de 48,3% a 33,2%, no período de 1990 e 2008. Cinco dos dez países mais desiguais do mundo estão na América Latina, dentre eles o Brasil<sup>11</sup>.

Não bastando o acentuado grau de desigualdade, a região ainda se destaca por ser a mais violenta do mundo. Concentra 27% dos homicídios, tendo apenas 9% da população mundial. Dez dos vinte países com maiores taxas de homicídio do mundo são latino-americanos<sup>12</sup>.

Na pesquisa Latinobarometro 2013 sobre o apoio à democracia na América Latina, embora 56% dos entrevistados considerarem a democracia preferível a qualquer outra forma de governo, a resposta afirmativa encontra no Brasil o endosso de apenas 49% e no México 37%. De acordo com a pesquisa, 31% consideram que pode haver democracia sem partidos políticos e 27% consideram que a democracia pode funcionar sem Congresso Nacional.<sup>13</sup>

A região latino-americana tem assim sido caracterizada por elevado grau de exclusão e violência ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.

Dois períodos demarcam o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais; e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 80, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.

Em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por ditaduras. Dos 11 Estados-partes da Convenção

<sup>9</sup> Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/77CB8B581CD0E1F541256ABE002FD897?opendocument>>.

<sup>10</sup> De acordo com o ECLAC: "Latin America's highly inequitable and inflexible income distribution has historically been one of its most prominent traits. Latin American inequality is not only greater than that seen in other world regions, but it also remained unchanged in the 1990s, then took a turn for the worse at the start of the current decade." (ECLAC, *Social Panorama of Latin America - 2006*, chapter I, page 84. Disponível em: <<http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/27484/P27484.xml&xsl=/dds/tpl/p9f.xsl&base=/tpl-i/top-bottom.xslt>>.

<sup>11</sup> Marta Lagos e Lucía Dammert, *La Seguridad Ciudadana: El problema principal de América Latina*, Latinobarómetro, 9 de maio de 2012, p. 3.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> Latinobarómetro, Informe 2013, Santiago do Chile, 28 de outubro de 2013.



à época, menos que a metade tinha governos eleitos democraticamente, ao passo que hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região tem governos eleitos democraticamente<sup>14</sup>. O sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos. Ademais, neste contexto, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado.

É neste cenário que o sistema interamericano gradativamente se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas. Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, o sistema interamericano tem a força catalisadora de promover avanços no regime de direitos humanos.

Permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.

Considerando a atuação da Corte Interamericana, vislumbra-se emblemática jurisprudência protetiva dos direitos humanos sob a perspectiva étnico-racial, com especial ênfase aos direitos dos povos indígenas.

Quanto aos direitos dos povos indígenas, destaca-se o relevante caso da comunidade indígena Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua (2001)<sup>15</sup>, em que a Corte reconheceu os direitos dos povos indígenas à propriedade coletiva da terra, como uma tradição comunitária, e como um direito fundamental e básico à sua cultura, à sua vida espiritual, à sua integridade

e à sua sobrevivência econômica. Acrescentou que para os povos indígenas a relação com a terra não é somente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.

Em outro caso — caso da comunidade indígena Yakye Axa contra o Paraguai (2005)<sup>16</sup> —, a Corte sustentou que os povos indígenas têm direito a medidas específicas que garantam o acesso aos serviços de saúde, que devem ser apropriados sob a perspectiva cultural, incluindo cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais. Adicionou que para os povos indígenas a saúde apresenta uma dimensão coletiva, sendo que a ruptura de sua relação simbiótica com a terra exerce um efeito prejudicial sobre a saúde destas populações.

No caso da comunidade indígena Xákmok Kásek v. Paraguai (2010)<sup>17</sup>, a Corte Interamericana condenou o Estado do Paraguai pela afronta aos direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial (arts. 4º, 21 e 25 da Convenção Americana, respectivamente), dentre outros direitos, em face da não garantia do direito de propriedade ancestral à aludida comunidade indígena, o que estaria a afetar seu direito à identidade cultural. Ao motivar a sentença, destacou que os conceitos tradicionais de propriedade privada e de posse não se aplicam às comunidades indígenas, pelo significado coletivo da terra, eis que a relação de pertença não se centra no indivíduo, senão no grupo e na comunidade. Acrescentou que o direito à propriedade coletiva estaria ainda a merecer igual proteção pelo art. 21 da Convenção (concernente ao direito à propriedade privada). Afirmou o dever do Estado em assegurar especial proteção às comunidades indígenas, à luz de suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais e

<sup>14</sup> Como observa Thomas Buergenthal: “O fato de hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região, com exceção de Cuba, terem governos eleitos democraticamente tem produzido significativos avanços na situação dos direitos humanos nesses Estados. Estes Estados ratificaram a Convenção e reconheceram a competência jurisdicional da Corte”. (Prefácio de Thomas Buergenthal, Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. XV). Em 2012, 22 Estados haviam reconhecido a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm>>. Acesso em: 6 jan. 2012.

<sup>15</sup> Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community vs. Nicaragua, Inter-American Court, 2001, Ser. C, n. 79.

<sup>16</sup> Yakye Axa Community vs. Paraguay, Inter-American Court, 2005, Ser. C, n. 125.

<sup>17</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C n. 214. Note-se que, no sistema africano, merece menção um caso emblemático que, ineditamente, em nome do direito ao desenvolvimento, assegurou a proteção de povos indígenas às suas terras. Em 2010, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos considerou que o modo pelo qual a comunidade Endorois no Kenya foi privada de suas terras tradicionais, tendo negado acesso a recursos, constitui uma violação a direitos humanos, especialmente ao direito ao desenvolvimento.

suas especiais vulnerabilidades, considerando o direito consuetudinário, os valores, os usos e os costumes dos povos indígenas, de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna, contemplando o acesso à água potável, alimentação, saúde, educação, dentre outros.

No caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador (2012)<sup>18</sup>, a Corte Interamericana condenou o Estado do Equador pela afronta aos direitos à consulta prévia, à propriedade comunitária<sup>19</sup> e à identidade cultural (arts. 21, 1º e 2º da Convenção Americana), dentre outros. No caso houve a permissão do Estado a empresas petrolíferas para a realização de atividades de exploração de petróleo no território dos povos indígenas Sarayaku, sem consulta prévia e sem o seu consentimento, o que veio a colocar em risco os direitos à vida, à subsistência, à circulação e à expressão cultural daqueles povos. Ao motivar a sentença, a Corte Interamericana destacou a Declaração da ONU sobre Povos Indígenas de 2007, bem como a jurisprudência do Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Recomendação Geral 17/2005). Incorporou, ainda, precedentes judiciais em matéria indígena da Corte Constitucional Colombiana (sentencia C-169/01), no que se refere ao direito à consulta prévia dos povos indígenas, bem como ao pluralismo, emprestando também destaque às Constituições da Argentina, da Bolívia, do Brasil, do Peru e do Chile.

Com base em uma interpretação sistemática e cosmopolita, a Corte Interamericana adota como referência interpretativa o Direito Internacional dos Direitos Humanos (compreendendo o sistema global e os sistemas regionais europeu, interamericano e africano), com forte alusão ao Direito Comparado e especialmente aos sistemas jurídicos latino-americanos. Sentenças paradigmáticas da Corte Interamericana em matéria de direitos dos povos indígenas têm realizado o diálogo regional-local, com ênfase nos marcos constitucionais latino-americanos, bem como na jurisprudência de

Cortes latino-americanas. Com isto, o sistema interamericano — norteado pelo chamado “controle da convencionalidade” — vê-se crescentemente legitimado em suas decisões, por meio do diálogo regional-local.

Neste contexto, o sistema interamericano gradativamente se empodera, mediante diálogos a permitir o fortalecimento dos direitos humanos em um sistema multinível. É sob esta perspectiva multinível que emergem quatro vertentes do diálogo jurisdicional, a compreender o diálogo com o sistema global (mediante a incorporação de parâmetros protetivos de direitos humanos); o diálogo com os sistemas regionais; o diálogo com os sistemas nacionais (a abranger o controle da convencionalidade); e o diálogo com a sociedade civil (a emprestar ao sistema interamericano crescente legitimação social). Para este estudo especial ênfase será conferida ao diálogo da Corte Interamericana com os sistemas nacionais e com a sociedade civil.

A respeito do diálogo com os sistemas nacionais consolida-se o chamado “controle de convencionalidade”. De um lado, despontam constituições latino-americanas com cláusulas constitucionais abertas, com destaque à hierarquia especial dos tratados de direitos humanos, à sua incorporação automática e às regras interpretativas alicerçadas no princípio *pro persona*. Por outro lado, o sistema interamericano revela permeabilidade e abertura ao diálogo mediante as regras interpretativas do art. 29 da Convenção Americana, em especial as que asseguram o princípio da prevalência da norma mais benéfica, mais favorável e mais protetiva à vítima. Ressalte-se que os tratados de direitos humanos fixam parâmetros protetivos mínimos, constituindo um piso mínimo de proteção e não um teto protetivo máximo. Daí a hermenêutica dos tratados de direitos humanos endossar o princípio *pro ser humano*.

Cláusulas de abertura constitucional e o princípio *pro ser humano* inspirador dos tratados de direitos humanos compõem os dois vértices — nacional e internacional — a fomentar o diálogo em matéria de direitos humanos.

Ao adotar uma interpretação sistemática, holística e integral do Direito dos Direitos Humanos, a Corte Interamericana busca emprestar legitimidade social aos seus julgados, com amplo, sólido e consistente amparo no diálogo multinível. Deste modo, a Corte se consolida como uma Corte Constitucional regional com a competência centrada na proteção dos direitos

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, 27 de junho de 2012.

<sup>19</sup> Note-se que, em 20 de novembro de 2013, no caso das Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica vs. Colômbia, a Corte Interamericana condenou o Estado da Colômbia, por afronta aos direitos à vida, à integridade pessoal e à propriedade coletiva dos membros da comunidade afrodescendente desplazada de la cuenca del Río Cacarica, dentre outros direitos. Uma vez mais, endossou o alcance coletivo da propriedade, re-significando o art. 21 da Convenção Americana, a favor de comunidades afrodescendentes.

humanos, construindo sua jurisprudência com base no diálogo com os Estados latino-americanos, seus marcos jurídicos e jurisprudenciais. Em 2011 pesquisas apontam que 80% das sentenças de fundo emitidas pela Corte encontravam-se cumpridas.<sup>20</sup>

Adicione-se, ainda, o profícuo diálogo do sistema interamericano com a sociedade civil, o que lhe confere gradativa legitimação social e crescente empoderamento. O sistema enfrenta o paradoxo de sua origem — nasceu em um ambiente marcado pelo arbítrio de regimes autoritários com a expectativa estatal de seu reduzido impacto — e passa a ganhar credibilidade, confiabilidade e elevado impacto. A força motriz do sistema interamericano tem sido a sociedade civil organizada por meio de um transnational network, a empreender exitosos litígios estratégicos.

Cabe realce à crescente transparência e publicidade das sessões da Corte, bem como ao componente participativo-democrático do sistema interamericano como um elemento central a assegurar a legitimação social da Corte.

A ativa participação da vítima e de organizações não governamentais nos processos junto à Corte<sup>21</sup>, por vezes mediante um *international network* a aliar vítimas, ONGs locais e internacionais<sup>22</sup>, vem a simbolizar a importância do componente democrático a acrescer legitimação social à Corte Interamericana.

Por fim, merece destaque a Convenção Interamericana contra o Racismo e a Discriminação Racial, adotada pela OEA, em 5 de junho de 2013. Por iniciativa do Brasil, a proposta era elaborar

um instrumento capaz de enfrentar as formas contemporâneas de racismo e de refletir as peculiaridades da região.

Dentre as tantas inovações da Convenção, a primeira atém-se à ampliação da definição de discriminação racial, que passa a compreender qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada em raça que tenha o propósito ou o efeito de restringir o exercício de direitos, nas esferas pública e privada. Consequentemente, os Estados têm o dever de prevenir, proibir e punir a discriminação racial nos domínios público e privado.

Uma segunda inovação consiste no reconhecimento da discriminação indireta, como aquela medida que — embora não pareça discriminatória — tem um efeito discriminatório quando implementada. A discriminação indireta se verifica quando são tratadas de forma igual pessoas em situação diversa e de forma diversa pessoas em igual situação.

Uma terceira inovação é o especial destaque às formas múltiplas e agravadas de discriminação, a combinar os critérios de raça, gênero e outros. Por exemplo, a discriminação racial afeta homens e mulheres diversamente.

Outra inovação refere-se ao enfrentamento das formas contemporâneas de discriminação racial, enunciando o dever dos Estados de prevenir, eliminar e punir o racismo na internet, a discriminação baseada em informações genéticas, dentre outras manifestações de racismo no século XXI.

O dever dos Estados de adotar ações afirmativas traduz a quinta inovação da Convenção, ao enfatizar a necessidade de medidas especiais e temporárias voltadas a acelerar o processo de construção da igualdade. Aqui a Convenção incorpora a jurisprudência internacional que sustenta serem as ações afirmativas não apenas legítimas, mas necessárias à realização do direito à igualdade. Tais ações permitiriam reduzir e eliminar fatores que perpetuam a discriminação, devendo ser adotadas de forma razoável e proporcional, visando à igualdade substantiva. Devem ser concebidas não apenas sob o prisma retrospectivo — como uma compensação em face de um passado discriminatório —, mas também sob o prisma prospectivo — como um instrumento voltado à transformação social.

<sup>20</sup> Pablo Alessandri Saavedra, participação no Congresso “Impacto das sentenças da Corte Interamericana: Retos en los ordenes jurídicos nacionales”, na Universidade Autônoma do México (UNAM), em 8 e 9 de dezembro de 2011.

<sup>21</sup> Neste sentido, merece destaque o art. 25 do Regulamento de la Corte sobre a participação das vítimas e de seus representantes, assegurando-lhes o direito de apresentar de forma autônoma suas solicitações, argumentos e provas. No art. 44 do Regulamento é permitido o instituto do “amicus curie”. Também merece destaque a criação de um Fundo de Assistência Legal às Vítimas.

<sup>22</sup> Na experiência brasileira, por exemplo, 100% dos casos submetidos à Comissão Interamericana foram fruto de uma articulação a reunir vítimas e organizações não governamentais locais e internacionais, com intenso protagonismo na seleção de um caso paradigmático, na litigância do mesmo (aliando estratégias jurídicas e políticas) e na implementação doméstica de eventuais ganhos internacionais. Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 14. ed. revista e atualizada, São Paulo: ed. Saraiva, 2013.



Uma sexta inovação concerne ao dever dos Estados de que seus sistemas jurídicos e políticos possam refletir a diversidade social.

#### 4 Fortalecimento da proteção dos direitos humanos sob a perspectiva étnico-racial: potencialidades e desafios

Considerando que a identidade latino-americana não pode dissociar-se de seu caráter multirracial, pluriétnico e multicultural, essencial é avaliar os desafios para fortalecer a proteção dos direitos humanos sob a perspectiva étnico-racial, no marco do diálogo emancipatório entre o constitucionalismo transformador e o sistema interamericano. São lançados 7 (sete) desafios centrais visando ao fortalecimento dos direitos humanos sob a perspectiva étnico-racial:

##### 1) Aplicar indicadores para promover a igualdade e combater a discriminação, fomentando dados desagregados sob a perspectiva étnico-racial, gênero, idade e outras

Dados e estatísticas sobre o efetivo exercício de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais por grupos vulneráveis são essenciais para a formulação de políticas públicas adequadas e eficazes no combate à discriminação e na promoção da igualdade.

Indicadores técnico-científicos capazes de mensurar a implementação do direito à igualdade surge como uma medida de especial relevância voltada à plena implementação deste direito.<sup>23</sup>

Além de conferir maior rigor metodológico, a utilização de indicadores permite realizar o *human rights impact assessment* em relação às políticas, programas e medidas adotadas pelo Estado, permitindo a *accountability* com relação às obrigações contraídas pelo Estado no âmbito internacional e doméstico em matéria de direitos humanos. Fomenta, ainda, a geração de dados, estatísticas e informações, que compõe a base sólida para a composição de um preciso diagnóstico sobre os direitos humanos sob a perspectiva étnico-racial. Fundamental, neste

sentido, é gerar dados desagregados compreendendo os critérios de gênero, raça, etnia, idade, orientação sexual, dentre outros — o que permitirá aliar políticas especiais às políticas universalistas.

Por meio da utilização de indicadores é possível identificar avanços, retrocessos e inações dos Poderes Públicos em matéria da promoção da igualdade e do combate à discriminação. É condição para compor um diagnóstico preciso do enquadramento das ações e inações públicas no marco dos direitos humanos, permitindo um balanço crítico de programas e medidas implementadas.

A partir de um diagnóstico preciso é possível identificar prioridades e estratégias visando ao aprimoramento da realização de direitos humanos, o que poderá compreender uma melhor e mais eficaz interlocução dos Poderes Públicos, mediante arranjos interinstitucionais orientados à construção da igualdade e ao combate à discriminação racial na região, visando à transformação social.

##### 2) Promover a igualdade mediante ações afirmativas, fortalecendo a ótica promocional do Direito

A fim de evitar que os impactos discriminatórios se perpetuem e posterguem no tempo, sob a perspectiva da igualdade material, políticas estatais neutras poderão ser fonte geradora de discriminação indireta. Isto porque, ainda que aparentemente não discriminatórias, seus efeitos poderão manter, perpetuar e até mesmo exacerbar uma discriminação<sup>24</sup>. Daí a necessidade de um protagonismo estatal,

<sup>23</sup> A respeito, consultar o documento “Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador”, OEA/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSSI/doc.2/11, 11 de março de 2011. Ver, ainda, *report of the UN High Level Task Force on the implementation of the right to development for the April 2010 session of the Working Group, including the attributes of the right to development and the list of criteria, sub-criteria and indicators* - A/HRC/15/WG.2/TF/2. Add 2.

<sup>24</sup> Nos termos da Recomendação Geral 26 (2005) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “*Indirect discrimination occurs when a law, policy or programme does not appear to be discriminatory, but has a discriminatory effect when implemented. This can occur, for example, when women are disadvantaged compared to men with respect to the enjoyment of a particular opportunity or benefit due to pre-existing inequalities. Applying a gender-neutral law may leave the existing inequality in place, or exacerbate it*”. No mesmo sentido, afirma o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: “*The Committee observes that a law which is applied in a neutral manner may have a discriminatory effect when the particular circumstances of the individuals to whom it is applied are not taken into consideration. The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention can be violated when States, without objective and reasonable justification, fail to treat differently persons whose situations are significantly different*.” Ver *Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRDP), Communication 3/2011, H. M. v. Sweden, Subject matter – Refusal to grant building permission for the construction of a hydrotherapy pool for the rehabilitation of a person with a physical disability on grounds of incompatibility of the extension in question with the city development plan* (CRDP/C/7/D/3/2011).

orientado pelo dever do Estado de respeitar (não violar direitos), proteger (não permitir que terceiros, atores não estatais, violem direitos) e implementar direitos humanos (adotando todas as medidas legislativas, executivas e judiciais necessárias).

No tocante ao dever de implementar direitos humanos situam-se as ações afirmativas, consideradas como medidas não apenas legítimas, mas necessárias pela jurisprudência da Corte Interamericana<sup>25</sup> e pelos Comitês da ONU<sup>26</sup> para a implementação do direito à igualdade. Representam, assim, medidas idôneas, razoáveis, objetivas e proporcionais visando a aliviar, remediar e transformar o legado de um passado discriminatório. Devem ser compreendidas não somente pelo prisma retrospectivo — no sentido de aliviar a carga de um passado discriminatório —, mas também prospectivo — no sentido de fomentar a transformação social, criando uma nova realidade, sob a inspiração do direito à igualdade material e substantiva. Atente-se que os instrumentos de alcance especial, tanto do sistema global, como do sistema regional interamericano, expressamente admitem a adoção de ações afirmativas<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> A Corte Interamericana estabeleceu que os Estados têm a obrigação de adotar medidas positivas para reverter ou transformar situações discriminatórias existentes em determinadas sociedades que causem violação a certos grupos de pessoas (Inter-American Court of Human Rights, Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03, 17 September, 2003, Series “A”, nº 18, paragraph 104). Em outra opinião, realçou a Corte Interamericana: “not all differences in legal treatment are discriminatory as such, for not all differences in treatment are in themselves offensive to human dignity”. In order to determine whether a given differentiation in treatment is arbitrary, the Court questions whether it is legitimate, idoneous, necessary and proportional”. (Inter-American Court of Human Rights, Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica, Advisory Opinion OC-4/84, 19 January, 1984, Series “A”, nº 4, paragraph 55.)

<sup>26</sup> Sobre a matéria, a Recomendação Geral16 (2005) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais observa que: “the principles of equality and non-discrimination, by themselves, are not always sufficient to guarantee true equality. Temporary special measures may sometimes be needed in order to bring disadvantaged or marginalized persons or groups of persons to the same substantive level as others”. No mesmo sentido, a Recomendação Geral20 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais enfatiza: “In order to eliminate substantive discrimination, States parties may be, and in some cases are, under an obligation to adopt special measures to attenuate or suppress conditions that perpetuate discrimination. Such measures are legitimate to the extent that they represent reasonable, objective and proportional means to redress de facto discrimination and are discontinued when substantive equality has been sustainably achieved.”

<sup>27</sup> Dentre os parâmetros normativos internacionais que demandam a adoção de ações afirmativas para o alcance da igualdade material,

Faz-se emergencial ao constitucionalismo latino-americano reforçar o dever dos Estados de adotar políticas afirmativas a fim de promover a igualdade, favorecendo, sobretudo, os grupos mais vulneráveis.

Importa, ainda, reconhecer que determinados grupos são alvo de múltiplas formas de discriminação, em decorrência da conjugação de fatores discriminatórios resultando na chamada “*overlapping discrimination*”.<sup>28</sup> Cabe salientar que a Recomendação Geral XXV do Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial alia a perspectiva racial à de gênero. Sob esta ótica, o Comitê entende que a discriminação racial atinge de forma diferenciada homens e mulheres, já que práticas de discriminação racial podem ser dirigidas a certos indivíduos especificamente em razão do seu sexo, como no caso da violência sexual praticada contra mulheres de determinada origem étnico-racial.

### 3) Combater e punir a discriminação, fortalecendo a ótica repressiva do Direito

Uma especial atenção merece ser conferida à prevenção, punição e erradicação da discriminação, não apenas na esfera pública, como também na esfera privada, com especial ênfase nas múltiplas formas de discriminação. Um universo significativo de Constituições latino-americanas consagra a cláusula da proibição da discriminação. No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988, ineditamente, estabelece que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, adicionando ser a prática do racismo crime inafiançável e imprescritível — o que foi regulamentado pela Lei 7.716 adotada em 1989. No Peru, a Lei 27.270 promulgada em 2000 tipifica

destacam-se: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (art. 1º, § 4º); a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (art. 4º, § 1º); a Recomendação Geral XIV do Comitê CERD; as Recomendações Gerais. XVIII e XXIII do Comitê de Direitos Humanos; as Recomendações Gerais 16 e 20 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e as Recomendações Gerais V e XXV do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher.

<sup>28</sup> Como define a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e outras formas de Intolerância, adotada pela OEA em 5 de junho de 2013: “Multiple or aggravated discrimination is any preference, distinction, exclusion, or restriction based simultaneously on two or more of the criteria set forth in Article 1.1, or others recognized in international instruments, the objective or result of which is to nullify or curtail, the equal recognition, enjoyment, or exercise of one or more human rights and fundamental freedoms enshrined in the international instruments applicable to the States Parties, in any area of public or private life.”

como crime a discriminação, prevendo a punição para atos discriminatórios com base na raça, etnia, religião e gênero. Na Argentina, a Lei 23.592 consagra medidas antidiscriminatórias, contemplando a reparação por danos morais e materiais causados.

Como o fenômeno do racismo<sup>29</sup> tem uma dinâmica capacidade de renovar-se permitindo assumir a diferentes formas de expressão nos campos político, social, cultural e linguístico, há o desafio adicional de implementar o direito à igualdade enfrentando as formas contemporâneas de racismo, como o racismo na internet, nos esportes, na mídia, bem como a discriminação baseada em informação genética, dentre outras formas.

#### 4) Fomentar uma cultura jurídica orientada pela implementação dos parâmetros protetivos internacionais e pelo controle da convencionalidade das leis

Além da recepção privilegiada de tratados de direitos humanos pelo constitucionalismo latino-americano, fundamental é transformar a cultura jurídica tradicional, por vezes refratária e resistente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, a fim de que incorpore os parâmetros protetivos internacionais em matéria de promoção da igualdade e de combate à discriminação.

Essencial ainda é avançar na realização do chamado controle da convencionalidade das leis, adotando os parâmetros protetivos internacionais como guias interpretativos a impactar a atuação dos Poderes Públicos.

O controle de convencionalidade das leis contribuirá para que se implemente no âmbito doméstico os *standards*, princípios e a jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos sob a perspectiva étnico-racial. Como este estudo pode evidenciar, há uma sólida jurisprudência fomentada pela Corte Interamericana acerca do direito à igualdade, conferindo proteção especial a grupos vulneráveis com base no direito à identidade, merecendo destaque o

amplo repertório de decisões a respeito da proteção aos direitos dos povos indígenas.

#### 5) Avançar no diálogo entre jurisdições

A abertura da ordem local ao diálogo com outras jurisdições e com o sistema internacional de proteção é uma medida estratégica para avançar na proteção dos direitos humanos sob a perspectiva da diversidade étnico-racial no contexto latino-americano.

De um lado, é essencial que os sistemas latino-americanos possam enriquecer-se mutuamente, por meio de empréstimos constitucionais e intercâmbio de experiências, argumentos, conceitos e princípios vocacionados à proteção do direito à igualdade e ao combate à discriminação. Também relevante seria identificar as *best practices* em matéria de promoção da igualdade e proibição da discriminação, estimulando sua adoção, com os ajustes necessários considerando as especificidades e particularidades de cada país.

Por outro, essencial é a abertura das ordens locais aos parâmetros protetivos mínimos fixados pela ordem global e regional, mediante a incorporação de princípios, jurisprudência e *standards* protetivos internacionais, como fator a dinamizar a interpretação cosmopolita voltada a assegurar com maior efetividade o direito à igualdade étnico-racial e a proibição da discriminação na região.

Fundamental é avançar no diálogo entre as esferas global, regional e local, potencializando o impacto entre elas, para assegurar a maior efetividade possível aos direitos à igualdade e à diferença sob a perspectiva emancipatória dos direitos humanos.

#### 6) Promover o valor da diversidade, mediante programas educativos e campanhas de sensibilização

Essencial também é a adoção de políticas públicas inspiradas na promoção do valor da diversidade, capazes de expressar a natureza pluriétnica, multirracial e multicultural da região latino-americana. O valor da diversidade há de ser densificado no marco do constitucionalismo latino-americano.

Há que assegurar o direito à diversidade existencial, sem discriminação, hostilidade e intolerância, a compor uma sociedade revitalizada e enriquecida pelo respeito à pluralidade e diversidade, celebrando o direito à diferença, na busca da construção igualitária e emancipatória de direitos.

<sup>29</sup> Para a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e outras formas de Intolerância, adotada pela OEA em 5 de junho de 2013: "*Racism consists of any theory, doctrine, ideology, or sets of ideas that assert a causal link between the phenotypic or genotypic characteristics of individuals or groups and their intellectual, cultural, and personality traits, including the false concept of racial superiority. [...] Racism leads to racial inequalities, and to the idea that discriminatory relations between groups are morally and scientifically justified*".

### 7) Assegurar a diversidade e o pluralismo nos sistemas políticos e legais

Por fim, cabe assegurar a diversidade e o pluralismo nos sistemas políticos e sociais, com a maior visibilidade e empoderamento de populações afrodescendentes e povos indígenas.

## 5 Conclusão

A América Latina é caracterizada por sociedades multiétnicas e multirraciais, marcadas por desigualdades estruturais e pela etnicização e feminização da pobreza, a alcançar sobretudo povos indígenas e afrodescendentes, sofrendo as mulheres formas múltiplas e agravadas de discriminação.

A título ilustrativo, sob os prismas étnico-racial, estudos e pesquisas indicam que, na Bolívia, os povos indígenas representam 62% da população do país, sendo que 74% destes povos vivem na pobreza. No Brasil, a população afrodescendente representa 51% da população do País, constituindo, contudo, 70% dos pobres e 71% das pessoas vivendo na extrema pobreza. No Chile, a incidência da pobreza é significativamente superior em relação aos povos indígenas (35.6%), se comparada com os não indígenas (22.7%). Na Colômbia, os afrocolombianos constituem 26% da população, sendo que 76% deles enfrentam a pobreza extrema. No Peru, a população indígena representa 45% da população, vivendo nas áreas mais pobres, sem acesso a serviços públicos básicos. No Uruguai, os afrodescendentes são 9,1% da população, metade deles vive abaixo da linha da pobreza, ao passo que os povos indígenas constituem 3,8% da população, 32% deles vivendo abaixo da linha da pobreza.<sup>30</sup>

Constituições latino-americanas explicitamente protegem o valor da diversidade étnico-racial como um valor fundamental de nações pluriétnicas e multirraciais, como é o caso das Constituições da Bolívia, Equador, Colômbia e Peru.

Ao contemplar cláusulas de abertura constitucional, as constituições latino-americanas dialogam ainda com o sistema regional interamericano, sob a inspiração do princípio da prevalência da

dignidade humana e do princípio “*pro persona*”. Por sua vez, a Corte Interamericana, mediante interpretação dinâmica e evolutiva, ao proteger os direitos dos povos indígenas, endossa o direito ao respeito à sua identidade cultural específica e singular. Revisita o direito de propriedade privada (enunciado no art. 21 da Convenção Americana) para assegurar o direito de propriedade coletiva e comunal da terra, como base da vida espiritual e cultural dos povos indígenas, bem como de sua própria integridade e sobrevivência econômica. Assegura o direito à consulta prévia, adequada, informada e efetiva às comunidades indígenas quando da adoção de medidas que afetem seu destino. Avança na configuração dos danos espirituais (para além dos danos materiais e morais), à luz da dimensão temporal da existência humana e da responsabilidade dos vivos para com os mortos. Revisita, ainda, o direito à vida, acenando à sua acepção lata, para esclarecer que não se limitaria apenas à proteção contra a privação arbitrária da vida, mas demandaria medidas positivas em prol de uma vida digna.

Sob a perspectiva dos direitos humanos e da diversidade étnico-racial, considerando o constitucionalismo transformador latino-americano e o impacto do sistema interamericano, faz-se essencial combater a discriminação racial e promover a igualdade, conferindo especial proteção aos povos afrodescendentes e indígenas no contexto latino-americano.

O combate à discriminação demanda medidas que propiciem a conscientização e sensibilização dos diversos atores sociais — com especial ênfase aos agentes públicos — relativamente ao valor da diversidade, possibilitando a transformação cultural. Cabe aos Estados o dever de reconhecer o legado discriminatório da região, particularmente opressivo aos povos afrodescendentes e indígenas, de modo a focar na importância do combate à discriminação e na promoção da igualdade, tendo como maior beneficiária a sociedade como um todo. O valor da diversidade, aliado aos direitos à igualdade e à diferença, invoca a transição de uma igualdade geral e abstrata para um conceito plural de dignidades concretas.

Faz-se fundamental avançar na implementação do caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento. O direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas

<sup>30</sup> Ver Flávia Piovesan, Daniela Ikawa and Akemi Kamimura, *Review of Legislative Measures at Regional and National Level for Prevention and Protection against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance* (2000-2007), UN High Commissioner for Human Rights, Geneva, 2007.

estruturas socioeconômicas e da adoção de uma política de redistribuição. De igual modo, o direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento. É à luz desta política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrespeitadas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural<sup>31</sup>.

Devem os Estados implementar as reformas institucionais necessárias a fim de que seus sistemas políticos e jurídicos sejam capazes de refletir de forma apropriada a diversidade e a pluralidade existente

nas sociedades. Essencial é avançar na reforma do Estado assegurando a devida participação e a justa representação de populações historicamente invisibilizadas. As demandas por redistribuição, reconhecimento e representação devem ser integradas de forma equilibrada<sup>32</sup>.

Fortalecer a proteção do valor da diversidade étnico-racial, realçando os princípios da igualdade e da proibição da discriminação, surge como pressuposto e condição para a afirmação do Estado de Direito, da democracia e dos direitos humanos na região, sob o imperativo ético da luta emancipatória por direitos e por justiça.

<sup>31</sup> Ver Nancy Fraser, *From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Postsocialist age* em seu livro *Justice Interruptus. Critical reflections on the "Postsocialist" condition*, NY/London, Routledge, 1997; Axel Honneth, *The Struggle for Recognition: The moral grammar of social conflicts*, Cambridge/Massachusetts, MIT Press, 1996; Nancy Fraser e Axel Honneth, *Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*, London/NY, verso, 2003; Charles Taylor, *The politics of recognition*, in: Charles Taylor et. al., *Multiculturalism – Examining the politics of recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994; Iris Young, *Justice and the politics of difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990; e Amy Gutmann, *Multiculturalism: examining the politics of recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1994.

<sup>32</sup> Consultar Nancy Fraser, "Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação". *Revista de Estudos Feministas*, vol. 15, n. 2. Florianópolis, Mai-ago, 2007. Para Nancy Fraser: "representação não é apenas uma questão de assegurar voz política igual a mulheres em comunidades políticas já constituídas. Ao lado disso, é necessário reenquadrar as disputas sobre justiça que não podem ser propriamente contidas nos regimes estabelecidos. Logo, ao contestar o mau enquadramento, o feminismo transnacional está reconfigurando a justiça de gênero como um problema tridimensional, no qual redistribuição, reconhecimento e representação devem ser integrados de forma equilibrada". (op. cit., p. 305). Consultar também Nancy Fraser, "Reframing Justice in A Globalizing World." *New Left Review*, v. 36, 2005, pp. 69-88.